

Vergoeding van affectieschade: te weinig met het oog op de daders en te veel met het oog op de slachtoffers

G. Suurmond en B.C.J. van Velthoven*

1. Inleiding

Op het moment van schrijven is de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel affectieschade¹ een flink eind gevorderd. De Tweede Kamer heeft het wetsvoorstel inmiddels zonder al te veel problemen aangenomen. Dat het vergoeden van affectieschade wenselijk is, lijkt onomstreden.² De motivatie daarvoor is, aldus het wetsvoorstel, de behoefte van nabestaanden aan de erkenning van het hen aangedane leed. In de discussie ging en gaat het dan ook vooral over de vormgeving van het stelsel. Het wetsvoorstel creëert de mogelijkheid om aan een beperkte kring van gerechtigden een bij AMvB vast te stellen bedrag toe te kennen. De minister heeft laten weten daarbij te denken aan € 10.000 per gerechtigde. Belangrijk argument voor een dergelijk stelsel is de wens de kosten van de geschilbeslechting te beperken. Maar er is ook kritiek. Voornaamste punt is dat het wetsvoorstel te rigide is en ongelijke gevallen gelijk behandelt. Er is dan ook gepleit voor een differentiatie in de vergoeding die meer recht doet aan de intensiteit van het leed van nabestaanden.³

Opvallend is dat in de discussie tot nu toe de (rechts)economische visie op het vergoeden van affectieschade (en smartengeld in het algemeen) zo weinig aan bod is gekomen.⁴ Dat is wellicht begrijpelijk, omdat de economie er vaak van wordt verdacht alleen aandacht te hebben voor de materiële elementen van de schade. En wanneer de economie wel oog heeft voor de immateriële component en die probeert te vertalen in een financiële waardering, zoals bijvoorbeeld de geldwaarde van een mensenleven, blijkt dat voor juristen al gauw controversieel te zijn, of zelfs onethisch.

* De auteurs zijn werkzaam bij de Afdeling Economie van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid in Leiden. Laatstgenoemde vervult tevens een bijzondere onderzoeksopdracht "Maatschappelijke en economische effecten van de rechtspraak" ten behoeve van de Raad voor de Rechtspraak.

¹ Voorstel tot: Aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven in verband met de vergoedbaarheid van schade als gevolg van het overlijden of ernstig en blijvend letsel van naasten, *Kamerstukken II*, 28 781, nrs. 1-9.

² Het voert te ver om hier alle literatuur inzake het vergoeden van affectieschade op te sommen. Zie bijvoorbeeld S.D. Lindenbergh, "Smartengeld voor naasten; tijd voor een wettelijke regeling", *NJB* 2001/2, pp. 61-66; W.H. van Boom, "Troostgeld voor nabestaanden ondoordacht", *NJB* 2001/28, pp. 1301-1302; A.J. Verheij, "Contouren wetsvoorstel vergoeding affectieschade", *NJB* 2001/32, pp. 1562-1569; C.C. van Dam, "Smartengeld voor affectieschade en shockschade", in: ANWB, *Smartengeld*, 2003, pp. 6-17; T. Hartlief, "Affectieschade: vergoeden of erkennen?", *NTBR* 2003/2, pp. 72-82. In al deze bijdragen wordt het vergoeden van affectieschade gesteund. Een – spaarzaam – kritisch geluid komt van C.J.J.M. Stolker, "Smartengeld: willen we niet veel te veel?", *RM Themis* 2003/6, pp. 307-309.

³ Zie de in de voorgaande noot genoemde bijdragen. Kritisch zijn met name Van Boom, Verheij en Van Dam. Een goede samenvatting is te vinden in T. Hartlief, "Affectieschade en 50 jaar Verkeersrecht", *Verkeersrecht* 2004/1, pp. 1-6, een bijdrage naar aanleiding van een congres over affectieschade. De mening van juristen over het wetsvoorstel wordt daarin als volgt getypeerd: "[Het] voorstel kwam zwaar gehavend de Kerk uit: 'men' is voor een regeling, maar dan wel een die drastisch afwijkt van het huidige voorstel... Als het congres iets heeft opgeleverd, dan is het wel dat het huidige wetsvoorstel geen recht doet aan de positie van naasten en daarom niet kan worden ingevoerd." Zie ook de uitslag van een op het congres gehouden stemming, waaruit blijkt dat 74% van de aanwezigen voor smartengeld aan nabestaanden is, maar slechts 19% het wetsvoorstel steunt inzake de afbakening van de kring van gerechtigden en slechts 24% inzake het normeren met een vast bedrag.

⁴ Ons is in die zin alleen de bijdrage bekend van M. Faure, "Vergoeding van persoonlijk leed: een rechtseconomische benadering", in: G. van Maanen (red.), *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, 2003, Den Haag: Boom.

De geringe aandacht voor de (rechts)economische visie heeft echter wel tot gevolg dat twee belangrijke vragen rondom de vergoeding van affectieschade nagenoeg geheel buiten beeld zijn gebleven, te weten:

1. In hoeverre is vergoeding van affectieschade aangewezen met het oog op de preventieve werking in de richting van (potentiële) daders?
2. In hoeverre is vergoeding van affectieschade aangewezen in verband met de compensatie van de slachtoffers?

In deze bijdrage willen we om te beginnen laten zien hoe binnen de (rechts)economie verstandig en genuanceerd wordt nagedacht over de betekenis en de bepaling van immateriële schade. Zie paragraaf 2. Vervolgens richten we ons in de paragrafen 3 en 4 op het aansprakelijkheidsrecht en gaan we na welke plaats daarin toekomt aan de vergoeding van immateriële verliezen. Enerzijds geeft onze analyse aan dat een bedrag van € 10.000 (of een beperkt veelvoud daarvan, bij meer dan één getroffen naaste) uit oogpunt van preventie veel te laag is. Anderzijds is een bedrag van € 10.000 vanuit oogpunt van compensatie te hoog. Ten slotte brengen we in paragraaf 5 de lijnen van het betoog samen en spreken we de wens uit dat de politiek zich nog eens bezint op de uitgangspunten van het wetsvoorstel affectieschade.

2. De economie van immateriële schade⁵

2.1 Materiële en immateriële verliezen

Bij schade kan er onderscheid worden gemaakt tussen materiële en immateriële verliezen. *Materiële verliezen* kunnen in beginsel geheel en direct worden gecompenseerd, doordat het beschadigde of verloren gegane goed wordt hersteld of vervangen, de kosten van medische behandeling worden vergoed, het inkomensverlies wordt gedekt enz. Er zijn in het algemeen ook duidelijke aanknopingspunten voor het bepalen van de omvang van de schade, doordat men kan afgaan op de prijzen van vervangende producten op de markt, de rekeningen van ziekenhuis en specialist, vergelijkbare salarissen op de arbeidsmarkt enz. Daarmee is niet gezegd dat het bepalen van de schade altijd even eenvoudig is; denk aan een langjarig verlies van verdien capaciteit. Maar in beginsel kan het verlies aan welbevinden van het slachtoffer wel als zodanig door herstel, vervanging of vergoeding ongedaan gemaakt worden.

Dat ligt anders bij *immateriële verliezen*. Sommige goederen vertegenwoordigen voor mensen een waarde die duidelijk groter is dan de prijs die ze er bij verkoop voor zouden kunnen krijgen, of dan de prijs van een vervangend product. Denk aan albums met familiefoto's of een erfstuk. Nog ingrijpender zijn het verlies van een arm of oog, van het leven of welzijn van een partner of kind, en – als ultimatum – van het eigen leven. Er bestaan geen markten voor deze bronnen van welbevinden. Het is onmogelijk om na een dergelijk verlies door vervanging of vergoeding weer volledig in de oude toestand terug te geraken, anders gezegd: weer "heel" te worden. Het verlies kan niet ongedaan gemaakt worden, maar is definitief.

Een immaterieel verlies betekent dus in de eerste plaats een *directe* achteruitgang in welbevinden van een individu. Daarnaast kan een immaterieel verlies ook gevolgen hebben voor de *waarde* die een individu hecht aan materiële zaken, meer in het bijzonder aan *geld*. Dat is waarschijnlijk niet aan de orde bij het verlies van een album met familiefoto's. De

⁵ We hebben bij het schrijven van deze paragraaf gebruik gemaakt van: Ph.J. Cook and D.A. Graham, "The demand for insurance and protection: The case of irreplaceable commodities", *Quarterly Journal of Economics* 91, 1977, pp. 143-156; J. Arlen, "Tort damages", in B. Bouckaert and G. de Geest, *Encyclopedia of law and economics*, volume II, Edward Elgar, 2000, pp. 682-734; en D.D. Friedman, *Law's order. What economics has to do with law and why it matters*, Princeton University Press, 2000, in het bijzonder hoofdstuk 9: "As much as your life is worth", pp. 95-102. Zie ook S. Shavell, *Economic analysis of accident law*, Harvard University Press, 1987, pp. 186-235.

leuke dingen die je met je geld kunt doen en de bevrediging die je daaraan ontleent, worden door een dergelijk verlies niet wezenlijk beïnvloed. Maar dat kan anders liggen bij het verlies van een kind. Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat op vakantie gaan minder leuk wordt. Dan is geld minder waardevol na het verlies van zoon of dochter.

Het verschijnsel dat materiële zaken zoals geld aan waarde inboeten, doet zich zeker voor bij het verlies van de eigen gezondheid. Zo kan iemand die door een ongeval levenslang verlamd is geraakt, of in coma verkeert, weinig plezier meer beleven van het geld dat hij heeft of krijgt. Het meest extreem is dat bij iemand die komt te overlijden. Ex ante is er mogelijk het vooruitzicht geweest dat het nagelaten geld zal worden besteed aan een mooie begrafenis of ten goede zal komen aan de erfgenamen, ex post kan de overledene geen welbevinden meer ontlenen aan zijn vermogen.

Voor de volledigheid tekenen we aan dat de waarde die een individu hecht aan geld, in beginsel ook zou kunnen toenemen na een immaterieel verlies. Zonder kind is het bijvoorbeeld weer mogelijk om een verre, sportieve vakantie te ondernemen. En bepaalde goederen, zoals een rolstoel of thuiszorg, worden pas echt waardevol na het verlies van gezondheid. Voorzover er empirisch onderzoek beschikbaar is, met name voor de VS, suggereren de resultaten dat de waarde van geld daalt, in elk geval na het verlies van de eigen gezondheid. Zo laten Viscusi en Evans zien dat bij niet-triviale arbeidsongevallen de waardering van geld daalt met zo'n 7 tot 23%.⁶ Interessant is ook het onderzoek van Sloan et al.⁷ Volgens hun bevindingen verwachten gezonde mensen dat de waardering van geld bij het krijgen van multipale sclerose daalt tot minder dan 10% in vergelijking met voorheen, terwijl patiënten met multipale sclerose aangeven dat hun waardering van geld is gedaald tot ongeveer 2/3. Blijkbaar schatten mensen de situatie van tevoren erger in en zijn ze in staat zich (na verloop van tijd) aan te passen aan de nieuwe omstandigheden. Voor ons doel is echter vooral van belang dat er hoe dan ook een niet onaanzienlijke daling in de waardering van geld optreedt.

2.2 De geldwaarde van immateriële verliezen

We hebben vastgesteld dat het kenmerk van immateriële schade gelegen is in de onvervangbaarheid. Het is onmogelijk om na een immaterieel verlies weer volledig in de oude toestand terug te geraken. Dat roept de vraag op of en hoe we de waarde van het verlies kunnen bepalen.

Een voor de hand liggende benadering is om aan het slachtoffer te vragen welk geldbedrag nodig is om ervoor te zorgen dat zijn of haar welbevinden weer op hetzelfde niveau zou uitkomen als vóór het verlies. Daarbij wordt voorondersteld dat het welbevinden van het individu zowel afhangt van immateriële elementen (het bezit van familiefoto's, de gezondheid, het wel en wee van de naasten) als van de hoeveelheid geld waarover het individu kan beschikken om zijn leven kleur en inhoud te geven. Een verlies op het immateriële front kan *als zodanig* weliswaar *niet ongedaan* worden gemaakt, maar het is niet ondenkbaar dat het verlies kan worden *gecompenseerd* door extra bestedingsruimte op het materiële vlak.

Het is niet moeilijk om gevallen en bedragen te bedenken waarbij zo'n compensatie slaagt. Zo zijn er heel wat mensen die in ruil voor een voldoende aardig bedrag afstand zouden willen doen van hun oude familiefoto's of van een stukje antiek erfgoed. In andere gevallen zal een volledige compensatie lastiger zijn. Het verlies van een kind of van de eigen gezondheid hakt er stevig in. En dat geldt nog sterker voor het eigen leven. Het heeft weinig zin om je leven te geven, zelfs niet voor een oneindig groot bedrag, wanneer je met dat geld uiteindelijk nooit iets zal kunnen doen. Dus als iemand 1, 10 of 100 miljoen euro biedt voor je

⁶ W.K. Viscusi and W.N. Evans, "Utility functions that depend on health status: Estimates and economic implications", *American Economic Review* 80, 1990, pp. 353-374.

⁷ F.A. Sloan et al., "Alternative approaches to valuing intangible health losses: The evidence for multiple sclerosis", *Journal of Health Economics* 17, 1998, pp. 475-497.

hart, zul je dat aanbod naar alle waarschijnlijkheid afslaan.⁸ In zo'n geval is het immateriële verlies blijkbaar niet in geld uit te drukken; geen enkel geldbedrag volstaat om het welbevinden van het slachtoffer op het oude peil te brengen.

Maar toch. Neem de vraag hoe vaak je een medische check-up moet ondergaan of je auto moet vervangen door een nieuw en veiliger model. Als het inderdaad waar is dat de waarde van het leven oneindig groot is, zou je niet moeten aarzelen om tijd en geld te besteden aan activiteiten die je overlevingskans ook maar enigszins vergroten. En om diezelfde reden zou je alle gevaarlijke activiteiten die niet absoluut onontbeerlijk zijn voor het overleven, moeten mijden. Denk aan autorijden, vliegen, roken, skiën, duiken, bungeejumpen enz.

Interessant is dat dat in de praktijk allemaal niet – of slechts zeer ten dele – gebeurt. Blijkbaar zijn we wel degelijk bereid en in staat om afwegingen te maken rondom de waarde van het menselijk leven en is die waarde voor ons niet oneindig. We gaan massaal de weg op, ondanks het feit dat er jaarlijks in het verkeer zo'n duizend doden vallen. En de bezitters van een Fiat Panda of Audi A3 ruilen die niet meteen in voor een Citroën C2 of C4, hoewel die laatste modellen een groter aantal EuroNCAP-sterren hebben gekregen.

Wat is dan het verschil met het afstaan van een hart? Daar zit bij nadere beschouwing het probleem niet in de geldelijke tegenwaarde, maar in het feit dat de donor geen kans krijgt o van zijn miljoenen te genieten. Hoe groot het bedrag ook is, het welbevinden dat de betrokkene eraan ontleent is nihil. En voor nihil sta je je hart niet af.

Bij verkeersdeelname ligt dat anders. Wanneer we de weg opgaan, hebben we slechts een zeer kleine kans op een dodelijk ongeluk. Daartegenover staat, in de veel grotere eventualiteit dat de deelname aan het verkeer goed afloopt, het materiële en/of immateriële profijt dat de rit ons oplevert. Aan onze keuze ligt een afweging ten grondslag, ook al is die misschien niet expliciet. Blijkbaar weegt het profijt in het zeer waarschijnlijke geval dat de verkeersdeelname goed afloopt, op tegen de zeer kleine kans op het verlies van het eigen leven.

Zo ook wachten we met de aanschaf van een veiliger auto. We weten dat de Citroën C4 op dat vlak beter scoort dan de Audi A3. Maar snel vervangen is een dure grap, omdat de afschrijving in de eerste gebruiks jaren het hoogste is. Bovendien heeft de Audi A3 een sportievere inborst, een aantrekkelijker sociale status en een hogere restwaarde, en ook dat leveren we niet graag in. Kortom, we wegen de iets kleinere kans op ernstig of mogelijk zelfs fataal letsel van onszelf, onze passagiers en onze medeweggebruikers af tegen de kosten van de overstap.

En zo zijn er vele andere voorbeelden. Het relatief gevaarlijke onderhoudswerk aan spoorwegen en het reinigen van schepen betaalt een hoger loon dan andere betrekkingen, zodat er voor dergelijk werk nog altijd arbeidskrachten te vinden zijn. Het gros van de mensen doet aan sport vanwege het plezier, de ontspanning of de "kick", al bestaat er een niet geringe kans op het oplopen van blessures. De overheid verbiedt het vervoer van gevaarlijke stoffen niet, al kan dat een grote ramp veroorzaken.

In al dergelijke gevallen zijn we bereid om gegeven het profijt de risico's op immaterieel verlies te accepteren, of zijn we niet bereid om de "prijs" te betalen voor het verkleinen van de risico's. Uitgaande van de keuzes die worden gemaakt, en van de bedragen die daarbij in het geding zijn, is het mogelijk de immateriële verliezen in geld uit te drukken. Neem de werknemers die kunnen kiezen tussen een nagenoeg ongevaarlijke productiebaan en een baan in de scheepsreiniging met een kans op een dodelijk ongeval van 0,2% per jaar en daartegenover een extra salaris van € 10.000 per jaar. Wanneer er werknemers zijn die de gevaarlijke(r) baan accepteren, kan voor hen de waarde van het menselijk leven worden becijferd op (maximaal) € 5 miljoen. Immers, op iedere 500 werknemers laat er gemiddeld eentje per jaar het leven. Maar de extra inkomsten van 500 x € 10.000 wegen daar blijkbaar meer dan voldoende tegen op.

Vanzelfsprekend is het gezin van de ene werknemer die daadwerkelijk door een

⁸ Tenzij het plezierige vooruitzicht dat je de financiële problemen van je naasten in een klap kunt oplossen, je anders doet besluiten.

bedrijfsongeval komt te overlijden, *ex post* ontoestbaar. Het verlies is definitief en onvervangbaar. Daar staat tegenover dat alle 500 werknemers en hun gezinnen *ex ante*, wanneer nog niet duidelijk is wie van hen het lot zal treffen, bereid zijn het risico te accepteren. Op dat moment gaat het nog niet om een identificeerbaar, maar om een zogenaamd *statistisch* mensenleven.⁹ Kortom, *ex ante* vertegenwoordigt veiligheid geen absolute waarde, maar een keuze, die de resultante vormt van een impliciete of expliciete afweging van kosten en baten. Uit die afweging kan worden afgeleid hoeveel het verkleinen van (de kans op) immaterieel verlies ons waard is.¹⁰

De veelal impliciete afwegingen rondom de kans op een immaterieel verlies zijn in diverse econometrische studies expliciet gemaakt en empirisch onderzocht. Recent hebben Viscusi en Aldy¹¹ de schattingen omtrent de waarde van een mensenleven in de internationale literatuur op een rijtje gezet. De meeste van die schattingen zijn afkomstig uit arbeidsmarktonderzoek. Ze vinden in de beschikbare studies een algemeen gemiddelde van \$ 6,7 miljoen en een mediaan voor werknemers van middelbare leeftijd van \$ 7 miljoen. De meest betrouwbaar geachte econometrische schattingen liggen tussen de \$ 5 en 6,2 miljoen. Verder rapporteren ze een waarde van een (statistische) gewonde van \$ 20.000 tot \$ 70.000. De Blaeij¹² heeft een soortgelijk literatuuronderzoek gedaan naar schattingen van een (statistisch) leven in de context van de verkeersveiligheid. Zij meldt een gemiddelde van \$ 4,4 miljoen en een mediaan van \$ 3,2 miljoen (in dollars in 1997). Op basis van haar eigen onderzoek geeft zij aan dat voor Nederland een waarde van € 2 miljoen voor een mensenleven een veilige ondergrens is om te gebruiken in het verkeersveiligheidsbeleid.

2.3 Het verzekeren van immateriële verliezen

Er is ook nog een andere manier om naar de mogelijke compensatie van immaterieel leed te kijken, namelijk via het geldbedrag waarvoor potentiële slachtoffers dekking zoeken middels een verzekering. Willen potentiële slachtoffers een verzekering afsluiten die geld uitkeert bij het overlijden of ernstig gewond raken van hun kind, hun ouder of zichzelf? Zo ja, voor hoeveel?

De meeste mensen zijn in enigerlei mate risicoavers. Dat betekent dat ze liever een zeker bedrag van € 10 in handen hebben, dan dat ze in de onzekere situatie verkeren waarin ze weliswaar gemiddeld € 10 krijgen maar het te ontvangen bedrag zowel hoger als lager kan uitvallen. Risicoaversie doet zich voor als mensen het ter beschikking hebben van meer geld plezieriger vinden, maar wel in afnemende mate naarmate hun materiële positie beter is. Oftewel, het is in termen van welbevinden belangrijker dat in de eerste levensbehoeften wordt voorzien dan in de derde jaarlijkse vakantie.

In het dagelijks leven bestaat er een zeker risico op materiële verliezen. Er is een – gelukkig buitengewoon kleine – kans dat je huis in vlammen opgaat. En bij deelname aan het verkeer is een aanrijding met blikshade ook niet uit te sluiten. Risicoaverse mensen willen zich graag verzekeren tegen dergelijke *materiële* verliezen. Zij zijn bereid om premie te betalen, in ruil voor het recht op een uitkering wanneer zich een ongeluk voordoet. Stel dat de kans op blikshade 5% is en dat de omvang van de schade in het voorkomende geval € 2.000

⁹ Het begrip "statistisch mensenleven" is eerder in dit blad ter sprake gebracht door H.O. Kerkmeester in zijn bijdrage "Het reële en het statistische slachtoffer", *NJB* 2001/8, p. 350.

¹⁰ Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen de zogenaamde "willingness to pay" en de "willingness to accept". In het ene geval gaat het om het bedrag dat het slachtoffer (maximaal) zou willen betalen om verstoken te blijven van het verlies, in het andere geval gaat het om het bedrag dat het slachtoffer (minimaal) zou willen ontvangen om zich neer te leggen bij het verlies. Welke van de twee bedragen passend is, hangt af van (de rechtsverhouding in) de uitgangssituatie.

¹¹ W.K. Viscusi and J.E. Aldy, "The value of a statistical life: A critical review of market estimates throughout the world", *Journal of Risk and Uncertainty* 27, 2003, pp. 5-76. De genoemde bedragen betreffen dollars in 2000.

¹² A.T. de Blaeij, *The value of a statistical life in road safety*, 2003, Amsterdam, VU (diss.).

bedraagt. De verwachte schade is dan $0,05 \times 2.000 = € 100$. Risicoaverse mensen zijn bereid om ten minste¹³ € 100 premie te betalen voor een verzekering tegen bliksschade. Gevolg is dat ze bij het uitblijven van schade vanwege de betaalde premie minder goed af zijn dan zonder verzekering; maar daar staat tegenover dat ze door de uitkering aanzienlijk beter af zijn wanneer zich wel een ongeluk voordoet. Kortom, de verzekeringnemers hevelen geld over van de mogelijke toekomstige situatie dat ze niet getroffen worden, naar de mogelijke toekomstige situatie dat ze wel schade lijden. Bij een volledige dekking is de toekomstige materiële positie niet afhankelijk van de vraag of de schade zich al dan niet voordoet. Risicoaverse mensen nemen het verlies liever meteen door een premie te betalen die in overeenstemming is met het verwachte verlies, dan dat ze in de onzekerheid blijven verkeren of het verlies zich helemaal niet dan wel in volle omvang zal voordoen.

Maar hoe zit dat bij *immateriële* verliezen? Heeft het zin als potentiële slachtoffers zich verzekeren en premie betalen, in ruil voor het recht op een uitkering bij een immaterieel verlies? Zoals eerder uiteengezet is het bij immateriële verliezen niet mogelijk om een slachtoffer als zodanig weer terug te brengen in de oude situatie. Een verzekering kan het slachtoffer niet zijn verloren familiefoto's, oog, kind of leven teruggeven. Wel is het in beginsel denkbaar dat het potentiële slachtoffer een verzekering afsluit, die een aanzienlijk geldbedrag uitkeert op het moment dat het immateriële verlies zich voordoet.

Laten we aan de hand van een voorbeeld wat preciezer nagaan wat er bij een dergelijke verzekering in het geding is. Neem het geval dat er een kleine kans is, zeg 0,1% per jaar, dat je kind door een ongeluk komt te overlijden. Dit zorgt voor onzekerheid. Met 99,9% kans overkomt je kind niets en kun je tevreden zijn met wat je hebt; met 0,1% kans wordt je kind weggerukt en blijf je diep ongelukkig achter. Wat je wel zeker weet, is je inkomen van bijvoorbeeld € 20.000. Dat wordt namelijk niet beïnvloed door het al dan niet verliezen van je kind.

Nu zou je kunnen overwegen om je te verzekeren. Stel dat het verlies in termen van welbevinden zou kunnen worden gecompenseerd met een fors geldbedrag van, zeg, € 2.000.000. In het kader van haar continuïteit zou een verzekeringsmaatschappij, als we gemakshalve afzien van administratiekosten en winst, een premie in rekening brengen die gemiddeld genomen kostendekkend is. Die premie zou $0,001 \times € 2.000.000 = € 2.000$ per jaar bedragen. Wat is het effect van zo'n verzekering? Het eventuele immateriële verlies van je kind wordt niet ongedaan gemaakt, kan als zodanig ook niet ongedaan worden gemaakt. Daarbij komt nu onzekerheid in termen van je materiële positie. Immers, die wordt gunstiger op het moment dat je kind overlijdt ($20.000 \text{ inkomen} - 2.000 \text{ premie} + 2.000.000 \text{ uitkering} = € 2.018.000$), maar ongunstiger wanneer je kind ongedeerd blijft ($20.000 \text{ inkomen} - 2.000 \text{ premie} = € 18.000$). Die onzekerheid ten opzichte van het huidige, zekere inkomen van € 20.000 is voor een risicoavers persoon geen aantrekkelijke optie. Die heeft liever alleen het soms onvermijdelijke immateriële verlies dan de combinatie van het soms onvermijdelijke immateriële verlies met materiële onzekerheid. Kortom, in tegenstelling tot materiële verliezen zal een risicoavers individu ten aanzien van immateriële verliezen geen verzekering afsluiten tegen een kostendekkende premie – laat staan tegen een hogere premie.¹⁴

¹³ Afhankelijk van de ernst van de risicoaversie zijn de betrokkenen bereid om zelfs wat meer premie te betalen dan alleen de verwachte schade. Dat meerdere staat wel bekend als de "geldwaarde van zekerheid". Via dat meerdere kunnen de verzekeringmaatschappijen hun administratie- en uitvoeringskosten dekken en winst behalen. Aangezien deze aspecten voor het onderhavige betoog niet van belang zijn, laten we ze hier verder buiten beschouwing. We volstaan met een verwijzing naar B.C.J. van Velthoven en P.W. van Wijck, *Recht en efficiëntie*, Deventer: Kluwer, 3e druk, 2001, hoofdstuk 9.

¹⁴ De redenering geldt niet alleen voor het volledig compenserende bedrag van € 2.000.000, maar voor elk te verzekeren bedrag. Immers, elk bedrag zorgt voor materiële onzekerheid.

Het bewijs verloopt als volgt. Stel dat het welbevinden U van een persoon toeneemt met zijn materiële welstand Y , volgens een (nuts)functie die er mogelijk heel anders uitziet met en zonder de aanwezigheid van een kind: U_{mk} resp. U_{zk} . Laat p de kans weergeven dat het kind onverhoopt komt te overlijden. De persoon in kwestie zou zich voor het immateriële verlies kunnen verzekeren door het

We voegen daaraan toe dat de argumentatie tegen de zin van verzekeren nog aan kracht wint, wanneer het immateriële verlies ertoe leidt dat de waarde van geld kleiner wordt.¹⁵ In dat geval schiet de betrokkene er helemaal weinig mee op als hij geld overhevelt van de mogelijke toekomstige situatie zonder verlies naar de mogelijke toekomstige situatie met verlies. Omdat geld niks waard is als je in coma bent geraakt, heb je het liever beschikbaar wanneer je bij bewustzijn bent.

3. Prikkel tot voorzorg

Hoe moet nu in het aansprakelijkheidsrecht worden omgegaan met immateriële verliezen?

Dat hangt af van de functie die we aan het aansprakelijkheidsrecht toekennen. Wellicht gaat het er alleen maar om *ex post* een *signaal* af te geven: een signaal in de richting van de dader dat hij of zij zich niet conform de norm heeft gedragen en de verantwoordelijkheid draagt voor het immateriële leed aan de kant van het slachtoffer, respectievelijk een signaal in de richting van het slachtoffer (en diens naasten) dat hem of haar geen blaam trof, zodat de schuld kwestie de verwerking van het leed niet in de weg hoeft te staan. Het is zeer wel denkbaar dat met dit aanwijzen van de "schuldige" het rechtvaardigheidsgevoel en daarmee het algemeen gevoel van welbevinden in de samenleving wordt gediend. Als het alleen maar om zo'n signaal gaat, is een symbolisch bedrag (meer dan) voldoende.

Dat wordt anders, wanneer we aan het aansprakelijkheidsrecht (ook) andere functies toekennen. Zo staat in de rechtseconomie de preventieve werking centraal, terwijl er ook aandacht is voor de risicospreiding: wie is het beste in staat de schade te dragen? In het vervolg zullen we de vergoeding van immateriële verliezen nader vanuit deze twee gezichtspunten bekijken.¹⁶

We beginnen met de *preventieve werking*. Zoals eerder vastgesteld, kan schade soms best voorkómen of beperkt worden, maar dienen de betrokkenen daarvoor af te zien van bepaalde voordelen of moeten ze extra kosten maken. Denk in het verkeer bijvoorbeeld aan de langere reisduur als we de auto en het vliegtuig mijden en meer gebruik maken van de fiets en de trein. Of denk aan de extra kosten bij de aanschaf van een veiliger auto.

Het aansprakelijkheidsrecht kan de potentiële schadeveroorzaker door het vooruitzicht dat eventuele schade voor zijn rekening komt, ertoe prikkelen om de kosten van voorzorgsmaatregelen af te wegen tegen de schade die hij aan anderen toebrengt. Het gaat er

betalen van een premie V , in ruil voor het recht op een geldelijke uitkering W bij het verlies van het kind. Het verwachte niveau van welbevinden van de persoon in kwestie bedraagt dan $EU = (1-p) \times U_{mk}(Y-V) + p \times U_{zk}(Y-V+W)$. Ervan uitgaande dat vanwege de verzekeringsmaatschappij een kostendeckende premie in rekening wordt gebracht, geldt verder: $V = p \times W$.

Om de optimale omvang van de verzekering te bepalen differentiëren we EU naar W . Dat levert $dEU/dW = (1-p) \times U'_{mk}(Y-V) \times -p + p \times U'_{zk}(Y-V+W) \times (1-p)$, waarbij U' de eerste afgeleide is van U . Dit kan worden herschreven tot $dEU/dW = p(1-p) [U'_{zk}(Y-V+W) - U'_{mk}(Y-V+W) + U'_{mk}(Y-V+W) - U'_{mk}(Y-V)]$. De uitdrukking tussen rechte haken is altijd negatief wanneer

- de persoon in kwestie risicoavers is en U' kleiner wordt naarmate de materiële welstand toeneemt, zodat $U'_{mk}(Y-V+W) < U'_{mk}(Y-V)$, en
- zijn marginale waardering van geld in ieder geval niet toeneemt door het immateriële verlies, zodat $U'_{zk}(Y-V+W) \leq U'_{mk}(Y-V+W)$.

Als dEU/dW altijd negatief is, betekent dat dat geen enkel verzekeringsbedrag W een positieve bijdrage kan leveren aan het verwachte welbevinden van de persoon in kwestie, zodat hij het beste af is zonder verzekering.

¹⁵ Vergelijk paragraaf 2.1. Zie ook de afleiding in de vorige voetnoot, waar dEU/dW sterker negatief wordt naarmate $U'_{zk}(Y-V+W)$ kleiner is dan $U'_{mk}(Y-V+W)$.

¹⁶ Zie in dat verband ook J.M. Barendrecht, "Aansprakelijkheid en welzijn", *NJB* 2002/12, pp. 605-617, waarin de bijdrage van het aansprakelijkheidsrecht aan het welbevinden in de samenleving wordt geplaatst in het licht van dezelfde twee functies: preventie en compensatie. Barendrecht maakt echter geen onderscheid tussen materiële en immateriële schade. Zodoende komt ook niet aan de orde hoe groot de schadevergoeding voor immaterieel leed moet zijn in het licht van deze functies.

daarbij niet om risico's en schade geheel uit te bannen, gesteld al dat dat zou kunnen. Wel gewenst is dat alleen die risico's en schade worden geaccepteerd, die de toets van de afweging van positieve en negatieve bijdragen aan het welbevinden in de samenleving doorstaan. Die afweging kan op het niveau van de overheid worden gemaakt en worden vertaald in ge- en verboden met de bijpassende bestuurs- en strafrechtelijke handhaving. De afweging kan ook op het niveau van de potentiële daders worden neergelegd. Maar dan dient een potentiële dader de volledige schade in rekening gebracht te krijgen, zodat hij de juiste prikkel krijgt tot het nemen van voorzorgsmaatregelen en het beperken van het aantal schadelijke activiteiten. Dat betekent dat niet alleen de materiële schade verrekend moet worden, maar ook de immateriële. Immers, immateriële verliezen betekenen even goed een aanslag op het welbevinden van de leden van de samenleving en zouden we even graag, binnen de grenzen van het redelijke, voorkomen willen zien.

Nu hebben we vastgesteld dat een immaterieel verlies ex post vaak niet te compenseren is. Het bedrag dat daarvoor op tafel zou moeten komen, kan zeer groot zijn, mogelijk zelfs oneindig. Dat betekent echter niet dat de schadevergoeding die de dader moet betalen, uit het oogpunt van preventie ook oneindig groot moet zijn. Dat bedrag hoeft immers niet gebaseerd te zijn op de ex post compensatie, maar op het bedrag dat nodig is om de dader te prikkelen tot het nemen van de noodzakelijke maatregelen om schade te voorkomen. Daarvoor is het van belang na te gaan welke bedragen de gezamenlijke leden van de samenleving ex ante zouden willen betalen om dergelijke schade te voorkomen. En dan hebben we het precies over de geldwaarde van een statistisch mensenleven of van een statistisch slachtoffer zoals in de vorige paragraaf besproken. Stel dat de gezamenlijke potentiële slachtoffers niet verder willen gaan dan (het door De Blaeij genoemde bedrag van) € 2 miljoen om een mensenleven in het verkeer te sparen. Wanneer de mogelijke veroorzaker van een dodelijk ongeluk een rekening van bijvoorbeeld € 100 miljoen in het vooruitzicht krijgt gesteld, zal hij dienovereenkomstig extra zware voorzorgsmaatregelen treffen, of zelfs afzien van de activiteit in kwestie. Dan worden meer kosten gemaakt dan we als samenleving noodzakelijk achten, respectievelijk wordt afgezien van activiteiten waarvan de maatschappelijke baten de kosten overtreffen. Omgekeerd zullen er te weinig voorzorgsmaatregelen worden betracht en te veel activiteiten ondernomen, wanneer er minder dan € 2 miljoen in rekening wordt gebracht.¹⁷

We moeten daarbij nog wel aantekenen dat er – zeker op onderdelen – twijfel kan bestaan over de feitelijke preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht.¹⁸ Zo kan die preventieve werking bijvoorbeeld worden gefrustreerd, wanneer mensen verzekerd zijn tegen aansprakelijkheid en niet de daders zelf de schade dragen, maar hun verzekeringsmaatschappijen. In hoeverre de preventieve werking wordt gefrustreerd, hangt dan weer af van de eigen risico's, voorzorgseisen, no-claimkortingen e.d. waarmee verzekeraars een deel van het risico weer terug proberen te leggen bij de klant. Andere relevante vragen zijn die naar de mate waarin mensen kennis hebben van de risico's en van de eisen die in dat verband aan hun gedrag worden gesteld, en naar de mate waarin mensen reageren op externe prikkels.

Dit is echter niet de plaats om het empirische bewijs terzake van de preventieve werking te onderzoeken en te evalueren. Voor ons doel is het voldoende om vast te stellen dat de samenleving in het beschikbare materiaal nog geen aanleiding heeft gezien om het aansprakelijkheidssysteem af te schaffen. En zolang we een systeem van aansprakelijkheid hebben, is er uit oogpunt van preventie weinig reden om bepaalde delen van de schade wel in rekening te brengen en andere delen buiten beschouwing te laten.

¹⁷ We laten daarbij de vraag rusten of alle aansprakelijkheidssystemen op beide aspecten even goed scoren. Die vraag is gerelateerd aan de inrichting van het aansprakelijkheidssysteem als zodanig en reikt daarmee veel verder dan het onderwerp van het onderhavige artikel.

¹⁸ Zie de analyses in D. Dewees, D. Duff and M. Trebilcock, *Exploring the domain of accident law. Taking the facts seriously*, Oxford University Press, 1996. Ook Barendrecht, *op. cit.*, besteedt aandacht aan de vraag in welke mate het aansprakelijkheidsrecht daadwerkelijk prikkelt tot het voorkomen van schade. Hij benadrukt dat er op sommige gebieden naast het aansprakelijkheidsrecht ook andere preventiemechanismen werkzaam zijn.

4. Behoeftte aan risicospreiding

Van geheel andere aard is de vraag naar de *risicospreiding*. Er is in het maatschappelijk verkeer onvermijdelijk een zekere kans op het optreden van materiële en immateriële schade, en niet iedereen is gelijkkelijk in staat en bereid om die te dragen.

Bij de risicospreiding speelt de schuldwestie een belangrijke rol. Neem het geval dat de preventieve prikkel naar behoren werkt en dat alle potentiële veroorzakers van een ongeluk zich conformeren aan de minimaal vereiste zorgvuldigheidsnormen. Desalniettemin ontstaat er ook dan soms een ongeluk. In dat geval treft de dader geen blaam en blijft, althans onder een systeem van schuldaansprakelijkheid, de schade voor rekening van het slachtoffer en diens naasten.

Potentiële slachtoffers kunnen op deze eventualiteit inspelen door een schadeverzekering af te sluiten. Risicoaverse personen zullen zich verzekeren tegen de mogelijke materiële verliezen (autoschade, medische kosten, inkomensderving), zolang tenminste de premie gelijk is aan of niet al te veel hoger is dan het verwachte verlies.¹⁹ Door de premiebetaling staan alle potentiële slachtoffers een stukje koopkracht af, maar krijgen daarvoor de zekerheid dat de eventuele schade is gedekt, zodat voor allen geldt dat de materiële positie niet afhankelijk is van de vraag of men wel of niet door een ongeluk wordt getroffen.

Daarentegen zullen risicoaverse personen zich niet verzekeren voor immateriële verliezen. Immers, de oude situatie kan als zodanig niet worden hersteld. Wel zou het afsluiten van een verzekering leiden tot onzekerheid over de materiële positie, omdat deze afhankelijk wordt van de vraag of men al dan niet door een ongeluk wordt getroffen. Die materiële onzekerheid is voor risicoaverse personen ongewenst.²⁰

Neem vervolgens het geval dat de veroorzaker van een ongeval wel aansprakelijk is voor de schade, ofwel op grond van schuld, ofwel vanwege risicoaansprakelijkheid. Neem verder aan dat de schadevergoeding zowel de materiële als de immateriële verliezen omvat.

In dat geval is het aan de potentiële daders om risicospreiding te overwegen. Als het om een grote onderneming gaat (bijvoorbeeld een transportonderneming), zal deze het risico misschieten zelf willen en kunnen dragen en een eventuele schadevergoeding uit eigen zak betalen. Maar wanneer de potentiële dader een risicoavers individu is, zal deze zich graag voor de aansprakelijkheid verzekeren. Daarbij moet wel worden aangetekend dat het verdisconteren van immateriële verliezen zal leiden tot een hogere premie. Dientengevolge zal bij mensen die weten dat er bij hen relatief weinig te halen is, de neiging toenemen om zich onverzekerd in het maatschappelijk verkeer te begeven.

Gevolg van een en ander is dat de slachtoffers meer of minder volledig worden gecompenseerd voor hun verliezen. Belangrijke vraag is nu of de (potentiële) slachtoffers daar blij mee zijn. Ja, omdat hun materiële verliezen worden gedekt en de aansprakelijkheidsregeling de zekerheid biedt dat de materiële positie onafhankelijk is van de vraag of men wel of niet door een ongeluk wordt getroffen. Ja, omdat bij immaterieel verlies de schadevergoeding compensatie biedt, waardoor het leed wordt verzacht.

Maar daarmee is niet alles gezegd.²¹ Het ex post compenseren van immateriële

¹⁹ Vergelijk voetnoot 13.

²⁰ De optimale dekking is dus nul. Deze zou zelfs negatief kunnen zijn als de waarde van geld daadwerkelijk kleiner wordt bij een immaterieel verlies. In dat geval is een potentieel slachtoffer bereid om geld over te hevelen van de mogelijke toekomstige situatie mét schade (wanneer geld weinig waarde heeft), naar de mogelijke toekomstige situatie zonder schade. Hij kan dat doen door een contract aan te bieden, waarbij hij een bepaalde inleg vraagt en in ruil daarvoor toezegt om ingeval van het optreden van het immateriële verlies een uitkering te doen. Het voordeel van een dergelijk contract moet dan wel opwegen tegen de risicoaversie als gevolg van het onzekere inkomen.

²¹ We gaan hier voorbij aan de vraag naar de maatschappelijke weging van het welbevinden van daders en slachtoffers. Dat lijkt gerechtvaardigd wanneer een en dezelfde persoon zowel (potentieel)

verliezen is namelijk voor de (potentiële) slachtoffers niet de best mogelijke aanpak. Stel dat de kans 0,1% is dat je kind door een ongeluk komt te overlijden, en dat je wanneer dat onverhoopt gebeurt voor het immateriële verlies zou worden gecompenseerd met een schadevergoeding ad € 2 miljoen. Het is denkbaar dat dat geld wordt aangewend op een manier die ervoor zorgt dat de potentiële slachtoffers *ex ante* de beschikking krijgen over € 2.000. De materiële positie van een potentieel slachtoffer hangt dan niet af van de vraag of hij al dan niet door een ongeluk wordt getroffen. Dat is voor een risicoavers persoon een beter alternatief. Anders gezegd, een potentieel slachtoffer wil het geld krijgen op het moment dat het voor hem de meeste waarde heeft.

Kortom, vanuit het oogpunt van compensatie of risicospreiding is het toekennen van een schadevergoeding voor immaterieel leed ongewenst. De optimale hoogte van de schadevergoeding ter verzekering van de immateriële schade is nihil. Of zelfs negatief als de waarde van geld daalt na een ongeluk.

5. Conflict tussen preventie en compensatie

In dit artikel hebben we stilgestaan bij de vraag hoe de waarde van immaterieel leed bepaald kan worden en bij de wenselijkheid van het vergoeden van immateriële schade in het kader van het aansprakelijkheidssysteem. Er blijken verschillende invalshoeken te bestaan om naar de financiële waardering van immaterieel leed te kijken.²² Welke gebruikt moet worden, hangt af van het doel van de waardering.

Allereerst is er het geldbedrag dat het slachtoffer *ex post* zou kunnen compenseren voor het immateriële verlies, zodat zijn welbevinden weer gelijk wordt aan dat van voor het ongeluk. Echter, immateriële goederen zijn onvervangbaar en de vereiste vergoeding kan oneindig groot zijn.

We kunnen ook vanuit het oogpunt van preventie kijken naar het bedrag dat *ex ante* nodig is om de *potentiële daders* aan te zetten tot de juiste voorzorgsmaatregelen om de kans op ongelukken en schade te beperken. Hiervoor is het concept van de waarde van een statistisch leven beschikbaar.

Tot slot kunnen we kijken naar het bedrag waarvoor *potentiële slachtoffers* zich *ex ante* zouden willen indekken tegen het immateriële verlies. Ervan uitgaande dat de meeste slachtoffers risicoavers zijn, en dat de waarde van geld in het algemeen niet groter wordt bij schade aan de gezondheid of verlies van een naaste, is een hogere materiële welstand na een immaterieel verlies veelal ongewenst. De optimale dekking is dan ook nul.

Bij de vraag naar de compensatie *ex post* is de verdeling van de reeds geleden schade tussen dader en slachtoffer aan de orde. De schade en verliezen zijn een feit, er wordt alleen nog met geld heen en weer geschoven. Per saldo neemt het totale welbevinden in de samenleving niet

dader als slachtoffer kan zijn, en wanneer zowel (potentiële) daders als slachtoffers verspreid zijn over de welstandsklassen in de samenleving. Wanneer daarentegen slachtoffers - bijvoorbeeld - eenzijdig afkomstig zijn uit lagere welstandsklassen en de daders juist zijn gelokaliseerd in de hogere, is er wel degelijk aanleiding om verdelingsoverwegingen mede in de beschouwing te betrekken. Vgl. L. Kaplow and S. Shavell, *Fairness versus welfare*, Harvard University Press, 2002, in het bijzonder pp. 28-34. Hoe dat dan zou moeten gebeuren, is een tweede.

We merken op dat Barendrecht, *op. cit.*, wel stilstaat bij de (her)verdelingskwestie. Hij meldt dat de administratie- en uitvoeringskosten zo'n 50 cent per herverdeelde euro bedragen, en vraagt zich af of het slachtoffer van letselschade meer nut ondervindt van een uitgekeerde euro dan degenen die de anderhalve euro aan schadeuitkering plus uitvoeringskosten uiteindelijk hebben opgebracht. Daarbij lijkt gaat Barendrecht echter voorbij te gaan aan het feit dat risicospreiding een belangrijke bijdrage kan leveren aan het welbevinden van risicoaverse personen. Zie ook voetnoot 13.

²² W.K. Viscusi, "Valuing life and risks to life", in: P. Newman (ed.), *New Palgrave dictionary of economics and the law*, 1998, London: Macmillan, volume 3, pp. 660-669.

toe of af.²³ Als de verdeling van de schadelast geen verdere gevolgen heeft, is het prima om de discussie te beperken tot een zo rechtvaardig mogelijke invulling van die verdeling.

Vanuit (rechts)economisch perspectief wordt ook en nadrukkelijk aandacht gevraagd voor de andere twee invalshoeken. Als er eenmaal een bepaalde verdeling van de schadelast is vastgelegd, heeft dat preventieve effecten doordat de prikkels voor de verkeersdeelnemers om in de toekomst passende voorzorgsmaatregelen te treffen, worden versterkt of juist verzwakt. En het leidt tot een bepaalde risicoverdeling, die – gegeven verschillen in de mate van risico-aversie – mogelijk niet door iedereen gelijkelijk wordt geapprecieerd. De preventieve effecten en de risicospreiding hebben dus wel consequenties voor het totale welbevinden in de samenleving.

Dat suggereert de verdeling van de schadelast zo te kiezen dat de preventieve werking en de risicospreiding worden geoptimaliseerd, zodat het totale welbevinden in de samenleving op een zo hoog mogelijk niveau wordt gebracht.

Duidelijk is dat zowel uit het oogpunt van preventie als uit het oogpunt van risicospreiding *materiële* verliezen volledig voor vergoeding in aanmerking dienen te komen. Bij *immateriële* verliezen ontstaat er echter een conflict tussen preventie en risicospreiding. Terwille van de preventieve werking moeten daders ook aansprakelijk worden gehouden voor immaterieel leed, uitgaande van de geldwaarde van een statistisch mensenleven of slachtoffer. Echter, het daadwerkelijk tot stand brengen van een dergelijke schadevergoeding leidt tot een onwenselijke vorm van compensatie voor de slachtoffers. Uit hoofde van risicospreiding zouden de potentiële slachtoffers liever elk ex ante de beschikking krijgen over de verwachte waarde van de immateriële schadevergoeding (denk aan de € 2.000 uit de vorige paragraaf), dan dat ze moeten afwachten tot één van hen feitelijk slachtoffer wordt en alleen dit slachtoffer ex post een omvangrijk compenserend bedrag (de € 2 miljoen uit de vorige paragraaf) krijgt uitgekeerd.

De signalering van het conflict tussen preventie en risicospreiding geeft aanleiding tot verschillende vervolgvragen. In de eerste plaats een vraag van empirische aard: hoe ernstig is het conflict eigenlijk, ofwel: welk van beide heeft de grootste invloed op het maatschappelijk welbevinden? Hoewel wij geneigd zijn om aan de preventieve werking een groter belang toe te kennen, moeten wij een met cijfers onderbouwd antwoord schuldig blijven.²⁴

De tweede vraag is of het conflict oplosbaar is. In theorie wel, door het een te doen en het ander niet te laten. Dat wil zeggen, door aan daders het immateriële verlies in rekening te brengen, maar de opbrengst niet uit te keren aan de slachtoffers. In plaats daarvan zou de opbrengst moeten worden gebruikt om deze ex ante aan de gezamenlijke potentiële slachtoffers ten goede te laten komen. Als de gehele bevolking potentieel slachtoffer is, is het denkbaar dat de opbrengst in de schatkist wordt gestort, zodat de belastingdruk iets omlaag kan. Als we aan verkeersongelukken denken, kan de opbrengst wellicht in een bestemmingsfonds worden gestort, van waaruit additionele investeringen in de verkeersveiligheid worden gefinancierd.²⁵ Ook zouden we potentiële slachtoffers in staat kunnen stellen om hun recht op vergoeding van immateriële schade te verkopen aan een verzekeringsmaatschappij.

Bij deze oplossingen doet zich echter een belangrijk praktisch probleem voor: de slachtoffers hebben geen prikkel meer om hun immateriële claim rechtens tot gelding te brengen. In dat opzicht lijkt de laatstgenoemde optie nog het beste te scoren, omdat de verzekeringsmaatschappij direct belang heeft bij de claim en het slachtoffer contractuele verplichtingen is aangegaan. Merk op dat de bewijsvoering geen bijzondere eisen stelt. Omdat er zelden een immateriële claim zal zijn zonder dat er ook een materiële claim wordt afgewikkeld, komt de schuldvraag toch al aan de orde. Bovendien hoeft de hoogte van de

²³ Onder de kanttekening in voetnoot 21.

²⁴ Het aansprakelijkheidsrecht is in elk geval niet van belang voor de risicospreiding, wanneer er een volledig stelsel van verzekeringsmarkten zou bestaan, dat wil zeggen: wanneer voor elk denkbaar risico dekking mogelijk zou zijn door het kopen of verkopen van een verzekeringscontract tegen een (min of meer) actuariel zuivere premie.

²⁵ Die financiering laat te wensen over, zoals o.a. valt te lezen in Sociaal Economische Raad, *Investeren in verkeersveiligheid*, SER-advies 99/13, Den Haag, 1999.

immateriële schadevergoeding geen aanleiding te geven tot een onverkwikkelijk debat over de ins en outs van het concrete geval, als de geldwaarde van een statistisch mensenleven of slachtoffer tot uitgangspunt wordt genomen.

Wat betekent een en ander ten slotte voor de beoordeling van het wetsvoorstel tot vergoeding van affectieschade?

In de eerste plaats moeten we vaststellen dat een vergoeding in de orde van grootte van € 10.000 per gerechtigde uit oogpunt van preventie veel te laag is. Voorzover ons bekend bestaan er weliswaar geen concrete schattingen van de geldwaarde van het leed van nabestaanden, maar er zijn wel diverse schattingen van de geldwaarde van een statistisch mensenleven beschikbaar. Zoals al eerder is aangegeven, houdt De Blaeij een bedrag van € 2 miljoen aan als ondergrens. Dat bedrag kan worden geacht te zijn opgebouwd uit twee componenten, te weten: het consumptieverlies van de betrokkene zelf en het immateriële verlies van de nabestaanden. Ervan uitgaande dat de eerste component vrijwel nimmer een bedrag van € 1 miljoen te boven zal gaan,²⁶ kan voor de tweede component, de affectieschade bij overlijden, een ondergrens worden aangehouden van – ten minste – € 1 miljoen. Onduidelijk is of de affectieschade bij ernstige verwonding van een naaste in dezelfde orde van grootte ligt. Zolang er echter geen betere schatting beschikbaar is, lijkt het niet onredelijk om hiervoor dezelfde (zeer veilige) ondergrens aan te houden.

In de tweede plaats concluderen we dat een vergoeding in de orde van grootte van € 10.000 per gerechtigde uit oogpunt van compensatie en risicospreiding – waarschijnlijk – te hoog is. Op theoretische gronden kan immers worden beredeneerd dat de slachtoffers zelf geen behoefte hebben aan een verzekering voor affectieschade (iets wat bevestigd lijkt te worden door de praktijk), en dus ook niet gediend zijn met een aansprakelijkheidsregeling in plaats van zo'n verzekering. Waar slachtoffers wel baat bij zouden kunnen hebben, is als de opbrengst van de door de daders te betalen vergoedingen voor immateriële verliezen op een of andere wijze (zie hiervoor) ex ante aan de gezamenlijke potentiële slachtoffers ten goede zou kunnen komen.

In de derde plaats biedt de (rechts)economische analyse steun voor de gedachte om voor de vergoeding van affectieschade met vastgestelde bedragen te werken.²⁷ Afgezien van het in het wetsvoorstel reeds onderkende belang om de (materiële en immateriële) kosten van de geschilbeslechting te beperken, is het voor de preventieve werking voldoende als de vergoeding wordt gebaseerd op de geldwaarde van een statistisch mensenleven of slachtoffer.

Het voorgaande plaatst op zijn minst enkele vraagtekens bij het huidige wetsvoorstel affectieschade en de voorgenomen invulling van de AMvB. De politiek zou ons inziens nog eens goed moeten nagaan of dit nou werkelijk is waar de samenleving op zit te wachten.

Tegelijk is (pijnlijk) duidelijk geworden dat er op theoretisch niveau behoorlijk wat inzicht bestaat in de effecten van het aansprakelijkheidsrecht, maar dat empirische kennis over de daadwerkelijke orde van grootte van de effecten (in Nederland) ontbreekt. Dat maakt een sluitend oordeel over een wetsvoorstel als het onderhavige onmogelijk. Daardoor blijft ook het debat over affectieschade in het algemene, met speculaties over wat nabestaanden nou wel of niet willen.²⁸ Wat ze waarschijnlijk het liefste willen is voorkómen dat hun familielid overlijdt of ernstig gewond raakt, in tweede instantie gaan ze op zoek naar erkenning van hun leed, en helemaal achteraan komt de behoefte aan geld ter compensatie achteraf.

²⁶ Zie bijvoorbeeld P. Wesemann, *Kosten van de verkeersonveiligheid in Nederland, 1997*, SWOV rapport D-2000-17, Leidschendam, 2000.

²⁷ Datzelfde geldt voor andere vormen van immateriële verliezen, zoals smartengeld.

²⁸ Illustratief is T. Hartlief, *Verkeersrecht* 2004/1, p.6: "Het gaat naasten niet om geld. Maar ik zeg dat, niet gehinderd door enige deskundigheid op dit vlak. Dat geldt echter voor vele anderen die menen te weten wat naasten willen en die stellen dat het hen wel om vergoeding zou gaan. Eigenlijk kan alleen deugdelijk onderzoek hier uitkomst bieden."